

MACIEJ SZMITWydział Elektrotechniki Elektroniki Informatyki i Automatyki
Politechniki Łódzkiej[Metadata, citation and similar papers](#)

University of Technology Repository

BIEGŁY INFORMATYK W POSTĘPOWANIU CYWILNYM

Recenzent: **prof. Dominik Sankowski**

Maszynopis dostarczono: 1. 10. 2010

Do postępowania cywilnego w sensie materialnym zalicza się sprawy wynikające ze stosunków: prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy. Szczególną cechą postępowania procesowego w sprawach cywilnych jest większe niż w procesie karnym znaczenie zasady kontrydiktoryjności, co prowadzić może do znacznego ograniczenia autonomii biegłego, szczególnie gdy mowa o jego roli dostarczyciela środka dowodowego (źródła dowodowego). Wśród procesualistów i w praktyce biegłych istnieją znaczne różnice poglądów odnośnie do zachowania w sytuacji, w której pomiędzy zasadą kontrydiktoryjności a zasadą prawdy materialnej może dojść do konfliktu. Dla biegłych informatyków sytuacje takie mają szczególne znaczenie o tyle, że wobec braku postępowania przygotowawczego często zdarzają się sytuacje niewłaściwej selekcji czy zabezpieczenia śladów dowodowych, zerwania ciągłości łańcucha dowodowego czy błędów w argumentacji stron. Łatwo w takiej sytuacji o niebezpieczeństwo potraktowania biegłego jako doradcy strony, który prezentuje swoje poglądy na właściwy sposób przeprowadzenia dowodu przed sądem, co oczywiście, w przytłaczającej większości przypadków,

dyskwalifikuje opinię, a nawet może narazić biegłego na poważne konsekwencje prawne. W artykule zostaną przedstawione studia przypadków z praktyki autora oraz sugestie odnośnie do postępowania w tego rodzaju sytuacjach.

WPROWADZENIE

Pojęcia biegłego sądowego nie definiuje żaden z przepisów polskich przepisów proceduralnych. Definicji takiej nie zawiera, ani nie zawierał w przeszłości, również żaden z pozakodeksowych aktów prawnych, dopuszczających możliwość powoływania biegłych¹. Zazwyczaj przyjmuje się, zgodnie z wykładnią językową, że biegły jest osobą posiadającą wiedzę fachową i doświadczenie w jakiejś dziedzinie². Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 grudnia 1928 wprowadziło podział biegłych na dwie grupy: tzw. biegłych sądowych z listy oraz spoza listy (zwanych też „biegłymi ad hoc”). Wyróżnia się również tzw. biegłych instytucjonalnych, to jest osoby prawne (najczęściej instytuty naukowe³). Zasady ustanawiania biegłych z listy reguluje obecnie Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz. U. 2005 nr 15 poz. 133). W jego myśl, biegli z listy ustanawiani są na pięcioletnią kadencję przez prezesów Sądów Okręgowych.

Decyzja o zasięgnięciu opinii biegłego jest podejmowana przez organ procesowy, w przypadku, w którym dla rozpoznania sprawy wymagane jest posiadanie wiadomości specjalnych (które to pojęcie również nie jest definiowane w przepisach prawnych), przy czym w przypadku postępowania karnego i postępowania o wykroczenia powołanie biegłego wydaje się być

¹ Analizę historyczną najnowszych aktów prawnych używających pojęcia biegłego zawiera praca [Kegel, Kegel 2004] str. 28 i nast.

² Część prawników i teoretyków prawa zwraca uwagę, że biegły – oprócz oczywiście odpowiedniej wiedzy fachowej – powinien posiadać odpowiednią praktykę zawodową (obszerna dyskusja na ten temat znajduje się w pracy [Kegel, Kegel 2004] str. 30 i nast.).

³ Por. art. 193 § 2 KPK, art. 290 §1 KPC

obligatoryjne, natomiast w przypadku postępowania cywilnego i administracyjnego – organ procesowy ma swobodę decyzyjną⁴.

Rola biegłego w procesie bywała rozumiana na cztery sposoby:

- „sędziego faktu”⁵,
- „uczonego świadka”⁶
- „źródła dowodowego”⁷
- „narzędzia sądu”⁸.

Współcześnie zarówno procesualiści jak i sami biegli uznają za trafne (w systemie prawa polskiego) jedynie dwa ostatnie punkty widzenia. W trakcie czynności procesowych biegły jest traktowany jako źródło dowodowe (o czym świadczy choćby już samo pojęcie „dowodu z opinii biegłego”) lub też może być konsultantem organu procesowego, uczestnicząc w czynnościach przez ten organ prowadzonych, udzielając porad i wskazówek⁹. Nie oznacza to bynajmniej deprecjonowania roli biegłego, wręcz przeciwnie – jednym z najczęściej wysuwanych pod adresem biegłych zarzutów jest ich nadmierna rola w trakcie

⁴ Mowa oczywiście o sytuacji, w której stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Odpowiednie przepisy stanowią jak następuje:

Art. 193 § 1 KPK.: „Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych.” Art. 278 § 1 KPC.: „W wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii.” Art. 84 § 1 KPA. „Gdy w sprawie wymagane są wiadomości specjalne, organ administracji państwowej może zwrócić się do biegłego lub biegłych o wydanie opinii”. Sformułowanie „może zwrócić się” sugeruje pozostawienie organowi procesowemu swobody w ocenie, czy konieczne jest zasięgnięcie opinii biegłego, czy też skorzystać z ewentualnie posiadanych przez organ procesowy wiadomości specjalnych, natomiast sformułowanie „zasięga się” – sugeruje że intencją ustawodawcy nie było pozostawienie organowi procesowemu takiej swobody. (por. [Kegel, Kegel 2004] str. 16 i nast.) Osobną kwestią jest dyskusja, jaki poziom wiedzy należy uznać za „wiadomości specjalne” i czy – w związku ze wzrastającym przeciętnym poziomem wykształcenia i rozwojem techniki poziom ten jest stały.

⁵ Zob. [Kegel, Kegel 2004] str. 34 i nast.

⁶ Tego rodzaju podejście (ang. expert-witness) funkcjonuje w systemie prawa USA. Por. np. [Widła 2002], [Marek 2004] str. 241.

⁷ zob. [Kegel, Kegel 2004] str. 35 i nast.

⁸ zob. np. [Wójcikiewicz 2002] str. 25 i nast.

⁹ Biegły w trakcie procesu może zadawać pytania stronom i świadkom, medyk sądowy może być obecny przy oględzinach zwłok itd. zob. np. [Kegel, Kegel 2004] str. 35 i nast. Biegły sądowy jest organem pomocniczym wymiaru sprawiedliwości w przypadkach wymagających wiadomości specjalnych zob. np. [Turek 2007]

procesu, w którym – wobec braku wiadomości specjalnych organu procesowego – dowód z opinii biegłego ma decydujące znaczenie¹⁰.

Rola biegłego jako źródła dowodowego jest niewątpliwie najważniejszą i najczęściej realizowaną w praktyce. Zasadniczo ekspert może wydawać opinie w trzech sytuacjach:

- poza procesem, na wniosek jednej ze stron (tzw. opinie prywatne),
- jako biegły w postępowaniu przygotowawczym na skutek decyzji prokuratury, policji lub innych uprawnionych organów oraz
- jako biegły w postępowaniu sądowym bądź administracyjnym, na skutek decyzji organu procesowego

W praktyce najczęściej spotykanymi sytuacjami, do których powoływani są biegli informatycy są postępowania przygotowawcze w sprawach związanych z przestępstwami komputerowymi i przestępstwami dokonanymi przy użyciu komputera, w szczególności przestępstw karnoskarbowych (ujawnienie zapisów z programów FK) oraz przestępstw związanych z propagowaniem i posiadaniem tzw. treści zakazanych (np. pornografii dziecięcej). Stosunkowo rzadko biegłych informatyków powołuje się w postępowaniu cywilnym bądź administracyjnym, stąd też nie ma praktycznie żadnych opracowań literaturowych na ten temat.

NEC ULTRA VIRES PROBÆ

Rozważania na temat opiniowania warto rozpocząć od przypomnienia podstawowej w ogóle dla instytucji biegłego zasady mówienia wyłącznie prawdy. Zasada *Nec ultra vires probæ* związana jest poniekąd z – niemającą zastosowania w przypadku pracy biegłych – zasadą *in dubio pro reo*¹¹. Kwestia ta była podnoszona w szeregu prac dotyczących opiniowania. Z jednej strony słusznie zwracano uwagę, że stosowanie zasady *in dubio pro reo* jest właściwe dla organu procesowego i że ściśle stosowanie się do niej przez biegłych powodowałoby konieczność wyboru tych spośród metod badawczych, które minimalizują ryzyko błędu II rodzaju (wniosków fałszywej klasyfikacji, ang. false positive), czyli w tym wypadku np. stwierdzenia popełnienia

¹⁰ zob. np. [Wagłowski 2003].

¹¹ Oczywiście w procesach cywilnych nie zawsze można mówić o winnym, jako że odpowiedzialność na zasadzie winy nie jest jedynym rodzajem odpowiedzialności cywilnej, niemniej wszystko co napisano poniżej da się zastosować również do tego rodzaju postępowania.

czynu zabronionego, gdy w rzeczywistości nie był on popełniony¹², natomiast oczywiście konieczności takiej nie ma i wybór metody badawczej pozostaje kwestią należącą do sfery autonomii biegłego. Z drugiej – opinia biegłego zawierająca zbyt daleko idące czy pochopnie wyciągnięte wnioski może nieść z sobą poważne konkretne skutki prawne, społeczne i etyczne. Jakkolwiek przecież opinia biegłego jako środek dowodowy podlega zasadzie swobodnej oceny sądu, to nie może to być usprawiedliwieniem dla nierozważnego formułowania kategorycznych twierdzeń na podstawie wątpliwych przesłanek.

Zasada *in dubio pro reo* nie dotyczy biegłych, choć ci powinni ją mieć na uwadze¹³. Biegły nie jest bowiem stroną w sporze sądowym ani nie może pełnić roli rzecznika żadnej ze stron¹⁴ stąd też nie powinien tłumaczyć wątpliwości na niczyją korzyść lub niekorzyść, a jedynie poinformować organ procesowy, że takie wątpliwości występują i jaki jest ich charakter. Rozważania takie mogą wydawać się z jednej strony oczywiste, a z drugiej – dość abstrakcyjne, mogą

¹² Zob. [Wójcikiewicz 2002] str. 32.

¹³ Zob. [Marek 2004] str. 22, [Marek 2004] str. 64., [Kunz 1999]

¹⁴ W tym przypadku uwidacznia się różnica pomiędzy rozumieniem funkcji biegłego jako narzędzia sądu, tak jak to ma miejsce w systemie prawa polskiego, a funkcją „uczonego świadka”, którą pełni on w niektórych innych systemach prawnych (w szczególności w USA). Biegły powoływany jest tam – w szczególności w przypadku procesów cywilnych – przez stronę i uzasadnia zwykle racje tego, na którego wniosek staje przed sądem.

mieć one bardzo konkretne – a czasami również wymagające dłuższego zastanowienia – zastosowania¹⁵.

¹⁵ W wielu pracach (zob. np. [Kowalski, Składzień 2004], [Marek 2004], [Marek 2007]) powtarzana jest przestroga, że „najbardziej niebezpieczne jest stwierdzenie (...) NIE MAM ŻADNEGO DOWODU, ABY TO STWIERDZIĆ, LECZ NIE MOŻNA TEGO WYKLUCZYĆ” [(Marek Z. 2004] str. 242, podkr. w oryginale). Rzeczywiście z punktu widzenia elementarnych zasad logiki i metodologii nauk przyrodniczych czy też technicznych, nie ma możliwości na podstawie braku faktów obalenia wielu, nawet skrajnie mało prawdopodobnych teorii. W pracy [Marek 2007] str. 114 przytoczony jest przypadek, w którym na podstawie zdania biegłego „Co prawda nie znaleziono żadnych śladów krwi w pewnej odległości od zwłok, ale nie można wykluczyć obecności takich śladów, chociaż ich nie stwierdzono” oskarżono o sfalszowanie opinii innego biegłego, który – prawidłowo – na pytanie prokuratora odpowiedział „wobec faktu nie znalezienia żadnych śladów krwi biegły nie ma podstawy do snucia jakichkolwiek wniosków”. Z własnej praktyki autora niniejszej pracy można przytoczyć pytanie skierowane przez adwokata jednej ze stron procesu cywilnego do biegłego: „Czy działania pracownika pozwanego przyczyniły się do ułatwienia ataku hackera na system informatyczny?” Sprawa dotyczyła odszkodowania za naruszenie zasad bezpieczeństwa, jakie zdaniem powoda winien był zapłacić pozwany (instytucja finansowa). Atakujący podszywając się pod powoda wyłudził z konta jego firmy znaczną sumę. Pracownik pozwanego (osoba obsługująca oprogramowanie służące do zlecania przelewów) niewątpliwie naruszył kilka zasad bezpieczeństwa i to tak, że dzięki temu możliwe byłoby przełamanie jednego z zabezpieczeń, niemniej same w sobie te działania nie wystarczyłyby włamywaczowi do skutecznego ataku, bowiem informacja chroniona była jeszcze innymi zabezpieczeniami. Z drugiej strony inne osoby mające styczność z systemem informatycznym powoda (w tym jego administrator) również nie przestrzegały zasad bezpieczeństwa, co w konsekwencji umożliwiło atakującemu skuteczny atak. W pozwie powód powoływał się na zasadę odpowiedzialności kontraktowej (pозwany nie wywiązał się z obowiązku zachowania zasad bezpieczeństwa) ale jeśli odpowiedź biegłego byłaby twierdząca w grę wchodziłaby nawet odpowiedzialność na zasadzie winy. W rzeczywistości niemożliwe było ustalenie, czy zabezpieczenie o którym mowa atakujący przełamał dzięki niefrasobliwości pracownika pozwanej instytucji, czy też innych osób (w tym pracowników powoda). Żeby uniknąć wspomnianego zdania („Nie mam żadnego dowodu, aby to stwierdzić, lecz nie można tego wykluczyć”) powód powinien raczej pytać biegłego po pierwsze o to, czy zachowanie pozwanego stanowiło naruszenie zasad bezpieczeństwa (odpowiedź: „tak”), a po wtóre o to czy w tym przypadku istniał związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy tym konkretnym naruszeniem a włamaniem (odpowiedź: „nie ma podstaw do snucia jakichkolwiek wniosków”). Na pytanie postawione jak w oryginale biegły powinien zatem odpowiedzieć „nie ma podstaw do snucia jakichkolwiek wniosków”, natomiast na pytanie „Czy działania powoda mogły przyczynić się do ułatwienia ataku hackera na system informatyczny?” – „tak”. Oczywiście w tej sytuacji trudno było spodziewać się satysfakcjonującego dla powoda wyroku i rzeczywiście powództwo zostało oddalone w pierwszej instancji, a sąd II instancji wyrok podtrzymał.

Rozsądnym wyjściem wydaje się postulowane między innymi w pracy [Wójcikiewicz 2002] stopniowanie kategoryczności wniosków wg skali:

- Pozytywne wnioski stanowcze, zwane też kategorycznymi
- Pozytywne wnioski uprawdopodobniające
- Pozytywne wnioski nie wykluczające
- Wnioski nierozstrzygające
- Uprawdopodobniające wnioski negatywne
- Nie wykluczające wnioski negatywne
- Stanowcze wnioski negatywne¹⁶

propozycje tego rodzaju jednak budzą kontrowersje¹⁷, co jest zresztą o tyle uzasadnione, że skala taka – aby była użyteczna – musiałaby być powszechnie stosowana i jednakowo interpretowana przez wszystkich biegłych (znormalizowana). Inny sposób podziału opinii zaproponowany jest w pracy [Marek 2004]. Autor proponuje¹⁸ czterostopniową skalę obejmującą:

- opinie stanowcze,
- opinie o wysokim stopniu prawdopodobieństwa,
- opinie alternatywne,
- brak opinii z powodu niemożności zebrania wystarczających informacji.

Wydaje się, że niezależnie od różnic w poglądach, wysoce wskazane jest przyjęcie przez biegłych zasady określenia *explicite* prawdopodobieństwa prawdziwości formułowanych wniosków (idealną sytuacją byłaby tu taka, w której możliwe byłoby podanie wartości odpowiednich testów statystycznych¹⁹)

Podobne wątpliwości może budzić użycie słów „ten” i „taki” (w odniesieniu do tego – a więc ściśle określonego, konkretnego – zdarzenia i skutku takiego [jak] – a więc podobnego, potencjalnego).

¹⁶ Zob. [Wójcikiewicz 2002] str. 36-37.

¹⁷ Zob. np. [Widacki 2003].

¹⁸ Zob. [Marek 2004] str. 241.

¹⁹ Zdecydowanie natomiast biegły powinien powstrzymać się od używania procentowego określenia prawdopodobieństwa tam, gdzie nie uzasadnia tego żadna metoda ilościowa. Por. np. [Wójcikiewicz 2002] str. 41. Co interesujące tego rodzaju „intuicyjne operowanie procentami” można znaleźć w orzecznictwie Izby Morskiej, na przykład w orzeczeniu Odwoławczej Izby Morskiej przy Sądzie Okręgowym w Gdańsku z siedzibą w Gdyni z dnia 03.01.2007 sygn. akt OIM 2/06 zmieniającego orzeczenie Izby Morskiej przy Sądzie Okręgowym w Szczecinie z dnia 26.01.2006r, sygn. akt WMS 2/06.

oraz powstrzymania się od zbyt daleko idących dywagacji i ograniczenia wyłącznie do faktów²⁰.

IN DUBIIS ABSTINE NESCIO

Zasada powstrzymania się od wydawania opinii w razie wątpliwości jest rzadko stosowana przez biegłych, którzy czują się zobligowani do udzielenia odpowiedzi na pytania organu procesowego. W przypadku informatyków dochodzi do tego, charakterystyczna dla tej dziedziny wiedzy i praktyki, skłonność do kategorycznego wyrażania opinii formułowanych zazwyczaj jako stanowcze odpowiedzi na pytania alternatywne („działa-nie działa”, „funkcjonuje dobrze-źle” itd.). W praktyce sądowej, w sprawach karnych, gdzie zadaniem „informatyka śledczego” jest najczęściej znalezienie (bądź stwierdzenie braku występowania) na nośniku ściśle określonych danych, tego rodzaju skłonności zazwyczaj nie są przeszkodą w poprawnym wnioskowaniu, natomiast w kwestiach poruszanych w sprawach cywilnych (a więc na przykład: czy administrator sieci dobrze wykonywał swoje obowiązki, jaki był twórczy wkład każdej z osób piszących program w powstałe w ten sposób dzieło itd.) skłonność do zawyżania stopnia kategoryczności odpowiedzi może być niebezpieczna dla rzetelności opinii i samego biegłego²¹.

²⁰ Zasada trzymania się wyłącznie prawdy nie stoi w sprzeczności z zasadą określania kategoryczności wniosków. Można na przykład wyobrazić sobie sytuację, w której stwierdzenie przez biegłego wysokiego prawdopodobieństwa zajścia określonego zdarzenia jest w zupełności wystarczające. Mogłoby to być na przykład hipotetyczne stwierdzenie biegłego, że badane urządzenie było obciążone takimi błędami i wadami, że z prawdopodobieństwem bliskim pewności jego eksploatacja doprowadziłoby w krótkim czasie do awarii, co oczywiście w zupełności uzasadnia na przykład odmowę jego przyjęcia czy żądanie naprawy gwarancyjnej. Biegły wydając opinię nie powinien antycypować jej potencjalnego wpływu na wyrok (co prowadzi niektórych z teoretyków do – skrajnego i w większości przypadków zapewne błędnego – wniosku, że biegły nie powinien nawet mieć wglądu w akta sprawy), ale udzielać rzeczowych i metodologicznie poprawnych odpowiedzi.

²¹ Warto w tym miejscu przywołać stosunkowo nową – i tworzącą niebezpieczną dla biegłych sytuację – uchwałę NSA z dnia 12 stycznia 2009 r., I FPS 3/08, według której „biegły odpowiada osobiście za wykonane przez siebie czynności niezależnie od tego, czy do określonych działań zobowiązał go sąd, czy też inny organ; w wyniku zlecenia wydania opinii nie dochodzi do przeniesienia odpowiedzialności za wynik działania biegłego sądowego na sąd lub inny organ”. Uchwała ta wydaje się otwierać drogę do szerszych niż dotychczas żądań odszkodowawczych w stosunku do biegłych, jakkolwiek nie wykształciła się w tym zakresie jeszcze praktyka orzecznicza

Szczególnie drażliwą kwestią w sprawach cywilnych jest wnioskowanie na podstawie niewystarczającego materiału dowodowego. Uwidacznia się w takich sytuacjach zasadnicza różnica pomiędzy postępowaniem karnym – z dominującą zasadą prawdy materialnej, która pozwala biegłemu na – w zasadzie swobodne – formułowanie żądań odnośnie do uzupełnienia materiału dowodowego, a postępowaniem cywilnym, w którym każda ze stron dowodzi swoich tez w sposób, jaki uznaje za stosowny i realizuje to na miarę swoich możliwości i umiejętności²². W piśmiennictwie zawierającym praktyczne porady odnośnie do procesów cywilnych można znaleźć daleko idące interpretacje takiego stanu rzeczy, mianujące strony gospodarzami postępowania sądowego²³ czy zabraniające biegłemu wnioskowania o uzupełnienie materiału badawczego²⁴. W rzeczywistości gospodarzem postępowania sądowego jest sąd²⁵, który również w postępowaniu cywilnym ma inicjatywę dowodową między innymi w zakresie powoływania biegłych (art. 278 par. 1 KPC) i zarządzania z ich udziałem oględzin (Art. 292 KPC)²⁶.

Oczywiście biegły nie może – zgodnie z obowiązkiem zachowania bezstronności – doradzać stronom w zakresie taktyki postępowania przed sądem, ale też zadaniem biegłego w ogóle, czy to w procesie cywilnym czy karnym nie jest udzielanie porad stronom, a do jego kompetencji nie należy wykracanie poza zakres opinii. Biegły w postępowaniu cywilnym może składać na polecenie sądu opinię (art. 278 KPC) o zakresie danym postanowieniem sądu, bądź ją wyjaśniać (art. 286 KPC), natomiast w czasie przesłuchania przewodniczący składu sędziowskiego ma prawo uchylenia niewłaściwego bądź zbytecznego pytania (art. 155 par 2 KPC).

²² Por. [Kowalski, Składzień 2004]

²³ „Polskie postępowanie cywilne zostało ukształtowane jako postępowanie kontradiktoryjne, czyli postępowanie w którym obowiązek zgromadzenia materiału dowodowego niemal w całości spoczywa na stronach. W myśl zasady kontradiktoryjności to strona jest gospodarzem procesu, natomiast rola sądu sprowadza się do oceny tego, co zaoferują strony tak w zakresie faktów jak i dowodów na ich poparcie.” [WGP]

²⁴ „Pierwszą istotną rzeczą, którą powinien wiedzieć biegły jest to, że nie dysponuje on swobodą formułowania żądań, co do materiału dowodowego wykraczającego poza wnioskowany przez strony dla wydania opinii (...) Biegły w sporze cywilnym musi być świadom, iż dla wydania swojej opinii dysponuje tylko i wyłącznie tym, co zawnioskowały strony sporu.” [Kowalski, Składzień 2004]

²⁵ Zob. np. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 września 2007 r. Sygn. akt P 11/07, Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 maja 2008 r. II SA/WA 326/08

²⁶ Ewentualną różnicą, o której można by dywagować, pomiędzy KPK a KPC jest to, że KPC nie przewiduje – inaczej niż ma to miejsce w KPK (art. 202 par 2) – inicjatywy dowodowej biegłych, ale dotyczy to nieinteresującej z punktu widzenia niniejszego artykułu roli biegłych psychiatrów.

Powstaje pytanie, jak powinien zachować się biegły, gdy strona, a nawet sąd, zada – co zdarza się stosunkowo często w sprawach informatycznych – pytanie „co należy uczynić, aby udowodnić, że ...”²⁷. Jeśli pytanie zadaje strona, zdaniem autora, jedynym, na co biegły może i powinien sobie pozwolić jest zwrócenie się do sądu z pytaniem, czy ma na tak postawione pytanie odpowiedzieć, biorąc pod uwagę, że może ono zasugerować stronom sposób postępowania i – w przypadku otrzymania odpowiedzi pozytywnej (oraz w przypadku pytania zadanego przez sąd) – udzielenie nań odpowiedzi, oczywiste jest bowiem że sąd ma prawo zadawać dowolne pytania, ma prawo inicjatywy dowodowej, jak również że w postępowaniu cywilnym obowiązuje (choć obecnie w ograniczonym w stosunku do rozwiązań wcześniejszych zakresie)²⁸ zasada prawdy materialnej. Jak się wydaje, byłoby ze strony biegłego co najmniej nieroztropne wchodzenie z sądem w polemiki na temat współistnienia w obecnym stanie systemu prawnego zasad prawdy formalnej i materialnej i powoływanie się na własne poglądy na ten temat jako uzasadnienie odmowy odpowiedzi na zadane pytanie. Z drugiej strony opisane w powołanym artykule²⁹ działanie biegłego, który z własnej inicjatywy poinformował w opinii sąd i strony jakie badania należy wykonać dla udowodnienia twierdzeń jednej ze stron jest rzeczywiście przykładem drastycznego przekroczenia zakresu opiniowania.

²⁷ Por. [Kowalski, Składzień 2004]

²⁸ zob. Uchwała Izby Cywilnej SN z dnia 17 lutego 2004 r., III CZP 115/03: „w doktrynie powstał problem dotyczący obowiązywania zasady prawdy materialnej; w szczególności po skreśleniu art. 3 § 2 i zmianie art. 232 k.p.c. uzasadnione stało się pytanie, czy ustawodawca odstąpił od zasady prawdy materialnej, określanej poprzednio jako „prawda obiektywna”, na rzecz prawdy formalnej. Odpowiedź na to pytanie należy do nauki prawa procesowego, która - w publikowanych dotychczas głosach - opowiada się za tezą, że jakkolwiek ograniczono instrumenty prawne pozwalające sądowi na dotarcie do prawdy, jak też przeniesiono ciężar dochodzenia do niej na strony, to jednak, zważywszy zwłaszcza na obowiązywanie art. 3, 212, 213 § 1, art. 229, 232 zdanie drugie i 339 § 2 k.p.c., zasada prawdy materialnej nadal obowiązuje, samo zaś dochodzenie do prawdy może być poczytywane jako jeden z celów procesu sądowego. Tezę tę trzeba uznać za trafną, bez wątpienia jednak zasada prawdy materialnej nie ma współcześnie charakteru bezwzględnej, ustawodawca bowiem wielokrotnie ogranicza ją lub koryguje (np. art. 231, 234, 233 § 2, art. 246, 247 i 217 § 2). Ograniczenie funkcjonowania tej zasady dyktowane jest różnymi motywami; ustawodawca albo chroni w ten sposób określone wartości (np. w zakresie prawa rodzinnego) albo realizuje pozytywne społeczne cele (np. przyspieszenie i uproszczenie postępowania). Innymi słowy, ustawodawca, nie rezygnując z podstawowego celu procesu, jakim jest dojście do prawdy materialnej, pozwala w wielu przypadkach na poprzestanie na prawdzie formalnej. Dzieje się tak również wtedy, gdy wszystkie narzędzia pozwalające odkryć prawdę pozostają w rękach stron, które jednak - z różnych powodów - z nich nie korzystają bądź czynią to nieumiejętnie.”. Zob. też. [Jankowski 2005] [Kallus 1997]

²⁹ [Kowalski, Składzień 2004]

Można zaryzykować twierdzenie, że nie popełnia błędu biegły, który – poruszając się w ramach określonego przez sąd zakresu opinii – zwróci się do sądu z informacją o konieczności „technicznego” uzupełnienia materiału dowodowego, tym bardziej że wiedza sądu i stron w zakresie wiadomości specjalnych może być bardzo niska. Z własnej praktyki autora można podać przypadek, w którym biegły miał wypowiedzieć się na temat programu komputerowego, którego kod źródłowy ani program wynikowy nie były umieszczone w przedstawionym materiale. Oczywiście formalnie możliwe było zapewne wydanie opinii nierozstrzygującej, natomiast znacznie lepszym i rozsądniejszym z punktu widzenia ekonomii postępowania było zwrócenie się do sądu o uzupełnienie materiału dowodowego o dostarczenie przedmiotu badania. Trudno uznać taki wniosek za sugerowanie stronie taktyki dowodzenia swoich racji³⁰.

SIT AUTEM SERMO VESTER EST EST NON NON

Niezależnie od poglądów na znaczenie prawdy formalnej w procesie cywilnym, bez wątpienia biegły powinien – zgodnie ze złożonym przyrzeczeniem – pozostawać bezstronny oraz rzetelny, w szczególności szanując zasady kontrydiktoryjności i równości stron oraz pozostałe zasady postępowania, w którym uczestniczy. Logiczną konsekwencją takiego stanu rzeczy jest – z punktu widzenia strony – posłużenie się radami innego niż biegły fachowca, który dysponując wiedzą specjalistyczną będzie mógł doradzić jej jakie dowody powinna przedstawić sądowi oraz ewentualnie jakie pytania stawiać biegłemu czy też – w skrajnej sytuacji – ocenić, czy opinia przedstawiona przez biegłego nie zawiera błędów i pomyłek, które przecież mogą się – niezależnie od najlepszych intencji i umiejętności biegłego – zdarzyć. Często takiej roli „biegłego pozasądowego” podejmują się osoby wpisane na listy biegłych sądowych sporządzając na wniosek strony tzw. „opinię

³⁰ Na marginesie warto poruszyć też kwestię korzystania przez biegłego z informacji niedostarczonej przez stronę ale będącej informacją publiczną. Z tego rodzaju wątpliwościami autor spotkał się przy opiniowaniu przy okazji sporów przed Krajową Izbą Odwoławczą (z formalnego punktu widzenia jest to postępowanie przed sądem polubownym, a więc cywilne). Często strony nie dostarczają jako argumentu pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówień publicznych, ale takowa informacja jest dostępna choćby w Biuletynie Informacji Publicznej. Można, jak się wydaje, spodziewać się, że skorzystanie z informacji publicznej nie jest nieuprawnionym samodzielnym rozszerzeniem przez biegłego materiału dowodowego, analogicznie trudno byłoby za takowe uznać skorzystanie z informacji zawartej w podręczniku czy encyklopedii, nawet jeśli by biegły czerpał z niej informacje nie tylko metodologiczne ale i o stanach rzeczowych. Zob. też [Dadak 2000].

pozaprocesową" (zwaną czasem potocznie „prywatną”). Opinia taka nie może stanowić dowodu na użytek postępowania, organ procesowy nie może jednak zawartych w niej informacji pominąć, jeżeli mają one znaczenie dla toczącego się postępowania. W oparciu o zasadę swobodnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego sąd może potraktować opinię prywatną jako informację o możliwym dowodzie, na przykład w sytuacji, gdy opinia powołanego eksperta nie spełnia wymogów pełnej, rzetelnej opinii.

Opinia prywatna jest więc traktowana jako głos w sprawie, natomiast nie jako dowód (podczas gdy opinia sądowa, tj. opinia biegłego powołanego przez sąd, jest traktowana jako dowód). Ma to dość oczywiste uzasadnienie: osoba przygotowująca opinię prywatną nie ma zazwyczaj dostępu do wszystkich materiałów sprawy, ponadto przygotowuje opinię na wniosek jednej ze stron, nie odnosi się więc do ewentualnych kwestii, które mogłaby podnieść jako kontrargumenty druga strona³¹ ani sam organ procesowy, podczas gdy biegły sądowy ma określony przez organ procesowy zakres opinii, dotyczący zazwyczaj wszystkich kwestii podnoszonych przez strony postępowania i ma zazwyczaj dostęp do całości materiałów przez strony przedstawionych³².

Przyjętą praktyką jest możliwość przesłuchania twórcy opinii prywatnej w roli świadka³³, tak aby dać okazję sądowi, stronom, a także – jeśli sąd uzna to za konieczne – biegłemu sądowemu do zadawania twórcy opinii pozasądowej szczegółowych pytań.

Przy okazji opinii prywatnych warto poruszyć kwestie etyczne związane z ich tworzeniem. Stosunkowo częstą jest bowiem sytuacja, w której strona niezadowolona z opinii biegłego sądowego korzysta z usług specjalisty w celu podważenia opinii sądowej. W niektórych środowiskach (w szczególności w

³¹ Z praktyki autora można przytoczyć przypadek opiniowania w sprawie dwóch opinii prywatnych o sprzecznych konkluzjach, wykonanych przez pracowników tej samej firmy doradczej na rzecz dwóch stron sporu sądowego. Wykonanie opinii pozasądowej zleciła sama firma zaniepokojona zaistnieniem daleko idących rozbieżności. W trakcie badania okazało się, że strony – dostarczając ekspertom jedynie wybrane fragmenty materiału dowodowego – doprowadziły do uzyskania rozbieżnych wniosków (eksperti zobligowani byli do zachowania w tajemnicy dostarczonych materiałów, nie konsultowali się więc ze sobą). Żaden z ekspertów nie popełnił poważnego błędu metodologicznego ale działali w oparciu o niepełne informacje.

³² O konsekwencjach asymetrii dostępu do informacji zob. np. [Korzeniowski 2002] s. 176 i nast.

³³ Z formalnego punktu widzenia świadek powinien składać zeznania dotyczące faktów a nie swojej wiedzy z zakresu wiadomości specjalnych i wniosków z własnego rozumowania, ale wobec braku w polskim prawie instytucji *expert witness* jest to użyteczny sposób działania. Trudno byłoby powołać na bezstronnego biegłego osobę opłacaną przez jedną ze stron. Warto jednak wspomnieć, że w praktyce polskiego wymiaru sprawiedliwości zdarzają się sytuacje w której biegły „prywatny” jest powoływany następnie na biegłego sądowego.

opiniowaniu sądowo-lekarskim) za nieetyczną uznaje się sytuację, w której specjalista szuka – *per fas et nefas* – w opinii innego specjalisty ewentualnych okazji do jej podważenia. Taki punkt widzenia wydaje się przynajmniej częściowo uzasadniony tam, gdzie mowa o subiektywnej ocenie działań opartych o zasady najlepszych praktyk, czy też w sytuacji, w której każdy arbitralny wybór jednej z dopuszczalnych metod postępowania może być podważony argumentem, że można było działać inaczej (na przykład wybrać inną metodę diagnostyczną, inny rodzaj terapii, przeprowadzić szersze badania itd.). W związku z tym, w opiniowaniu sądowo-lekarskim wykształciła się zasada tzw. adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego: o błędzie można mówić wtedy gdy nie ulega wątpliwości związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy niewłaściwie prowadzoną czynnością a jej negatywnym skutkiem.

Co najmniej wątpliwe etycznie będą zatem takie działania „prywatnego” specjalisty jak: nadmierne zwracanie uwagi na nieistotne nieścisłości w opinii biegłego (np. użycie niefachowego słownictwa), sugerowanie konieczności wykonania niepotrzebnych badań dodatkowych (np. w celu przeciągnięcia czasu trwania postępowania) itd. Skrajnie nieetyczne byłoby, rzecz jasna, fałszowanie faktów bądź wniosków.

Nie będzie natomiast naruszeniem zasad etyki samodzielne wykonanie przez specjalistę pozasądowego badań tego samego stanu faktycznego przy wykorzystaniu tej samej albo innej metody badawczej, ani też zasugerowanie możliwości czy konieczności przeprowadzenia badań dodatkowych, o ile te z dużym prawdopodobieństwem mogą wnieść do sprawy istotne informacje. Warto przy tym pamiętać, aby formułując tego rodzaju wnioski zachować rzetelność intelektualną i – pamiętając że sąd nie dysponuje wiadomościami specjalnymi – dokładnie wyjaśnić jaki jest cel proponowanych badań i podkreślić, że sugestia ich przeprowadzenia nie jest związana z zarzutami dotyczącymi opinii biegłego sądowego ale ma na celu np. uściślenie wniosków.

Należy pamiętać, że rolą specjalisty, niezależnie od tego czy występuje w roli biegłego sądowego czy prywatnego jest tylko i wyłącznie poznawanie i ogłaszanie prawdy. Może on – oczywiście – występując nie jako bezstronny biegły ale jako prywatny ekspert czy doradca – sugerować klientowi różne sposoby postępowania, nie wolno mu natomiast służyć pomocą w popełnianiu przestępstwa czy jego ukryciu. Ekspert opłacany przez stronę może oczywiście przygotować opracowanie wyjaśniające czy podkreślające argumenty zlecniodawcy, nie może natomiast kłamać.

Najtrudniejsze technicznie i moralnie dla specjalisty pozasądowego, jest umieszczenie w opinii pozasądowej informacji, że biegły sądowy w opinii popełnił poważny błąd, którego skutkiem było wyciągnięcie fałszywych wniosków. Niestety błędne opinie biegłych zdarzają się zaskakująco często (w literaturze znane są oszacowania, według których błędów można dopatrzeć się

nawet w kilkudziesięciu procentach opinii³⁴). Abstrahując od przyczyn takiego stanu rzeczy, można jednak stwierdzić, że skorzystanie z opinii prywatnej jest często dobrym wyjściem dla strony sporu sądowego³⁵. Interesującym przypadkiem z praktyki autora była sytuacja, w której – po napisaniu dla jednej ze stron sporu opinii prywatnej (odnoszącej się do ewidentnie błędnej opinii wydanej przez występującego w procesie biegłego sądowego), z prośbą o poradę i pomoc w ujawnieniu stanu faktycznego zwróciła się strona przeciwna. Obie strony zgodnie i przykładowo dążyły do ustalenia prawdy i to prawdy materialnej. W konsekwencji autor został powołany przez sąd na biegłego w tej sprawie.

LITERATURA

- [1] [Dadak 2000] **Dadak W.**: Prawnokarna ochrona tajemnicy handlowej w postępowaniu w sprawach zamówień publicznych. "Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych" 2000, z. 1, s. 269-276.
- [2] [Jankowski 2005] **Jankowski J.**: Problemy nowelizacji KPC - postępowanie rozpoznawcze, [w:] monitor Prawniczy 16.05.2005 (sprawozdanie z seminarium) http://www.monitorprawniczy.pl/index.php?mod=m_aktualnosci&cid=21&id=877
- [3] [Jokiel 2008] **Jokiel K.**: Środki dowodowe i postępowanie dowodowe w procesie cywilnym, http://www.eporady24.pl/postepowanie_dowodowe_w_procesie_cywilnym,artykuly_4,58,304.html
- [4] [Kallaus 1997] **Kallaus A.**: Konsekwencje prawne zmiany przepisu art. 3 KPC w postępowaniu procesowym [w:] monitor Prawniczy 4/1997.
- [5] [Kegel, Kegel 2004] **Kegel A., Kegel Z.**: Przepisy o biegłych sądowych, tłumaczach i specjalistach. Komentarz, Zakamycze, Kraków 2004.
- [6] [Korzeniowski 2002] **Korzeniowski L. F.**: Firma w warunkach ryzyka gospodarczego, EAS, Kraków 2002.
- [7] [Kowalski, Składzień 2004] **Kowalski P., Składzień J.**: Opiniowanie w sprawach cywilnych i karnych jako problem w praktyce biegłego, [w:] Otorynolaryngologia nr 3(3)/2004.
- [8] [Kunz 1999] **Kunz J.**: Błąd w opiniach sądowo-lekarskich w sprawach przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu, Katedra Medycyny Sądowej Collegium Medicum UJ, Kraków 1999.
- [9] [Kunz, Bajak 1998] **Kunz J., Bajak D.**: Rozbieżności a błąd opiniodawczy w opiniach kompetentnych biegłych z zakresu medycyny sądowej [w:] Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii Nr 3-4/1998, str. 215, http://kms.cm-uj.krakow.pl/ArchMedSadKrym/1998/3_4_1998/3_98C.pdf

³⁴ Zob np. [Kunz 1999], [Kunz, Bajak 1998]

³⁵ Oczywiście możliwe jest też wnioskowanie do sądu o powołanie tego samego bądź innego biegłego z powodu niejasności w opinii, ale tego rodzaju wniosek jest lepiej umotywowany gdy stoi za nim autorytet eksperta-twórcy opinii prywatnej.

-
- [10][Marek 1999] **Marek Z.**: Błąd medyczny, Wydawnictwo Medyczne, Kraków 1999.
- [11][Marek 2004] **Marek Z.**: Wybrane problemy opiniowania sądowo-lekarskiego, Zakamycze, Kraków 2004.
- [12][Turek 2007] **Turek J.**: Biegły sądowy i jego czynności, [w:] Monitor Prawniczy 24/2007.
- [13][Wagłowski 2003] **Wagłowski P.**: And justice for all dot com, <http://prawo.vagla.pl/node/2858>
- [14][WGP] **Wielkopolska Grupa Prawnicza**: Opinia biegłego pozasądowego w procesie cywilnym, <http://www.wgpr.pl/publikacje/77-opinia-bieglego-pozasadowego-w-procesie-cywilnym.html>
- [15][Widła 2002] **Widła T.**: Uwagi o przeprowadzaniu dowodu z opinii biegłych, [w:] Palestra, nr 3-4/2002, s. 66-73.
- [16][Wójcikiewicz 2002] **Wójcikiewicz J.**: Ekspertyza sądowa, Zakamycze, Kraków 2002.